

# 日本における表現の自由の下での 司法審査の展開について

井 上 幸 希

はじめに

第一章 日本の初期の最高裁判例の問題点

第二章 「公共の福祉」論から「利益衡量」論への転換について

一 「利益衡量」論という手法

二 猿払事件最高裁判決の概要とその問題点

(1) 事実の概要及び判決要旨

(2) 猿払事件最高裁判決の問題点

三 猿払事件最高裁判決後の「利益衡量」論の展開について

第三章 近年の最高裁判例の動向と法的諸問題について

おわりに

## はじめに

表現の自由の優越的地位や「二重の基準」論を考慮すれば、厳格な審査基準の適用が妥当であろうが、わが国の裁判所が厳格な審査基準を適用し、問題となる表現を規制する立法を違憲と判断したことは一度もない。このような状況については、裁判所は「二重の基準」論及び「表現の自由の優越的地位」論に基づいた判断を下していないと憲法学界から批判されている<sup>(1)</sup>。そこで、本稿では、まず日本の初期の最高裁判例の問題点やその後の展開を整理した上で、表現を規制する立法の合憲性を判断する基準として、どのような審査基準を適用すべきなのか、特に「利益衡量」という手法の審査基準としての可能性について、最近の事例をもとに考察をするものである。

---

(1) 例えば、市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003 年）228 頁参照。

## 第一章 日本の初期の最高裁判例の問題点

憲法 11 条において、「この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる」と定められ、また 97 条においても同様に人権の永久・不可侵性が謳われているが、人権は絶対無制限ではなく、憲法上その制限が許容される。つまり、憲法は 12 条において、国民は公共の福祉のために人権を利用する責任があるということとを、また 13 条において、基本的人権は「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定め、公共の福祉に反する場合には人権が制約される場合があることを明示している。さらに、憲法 22 条 1 項において「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する」と定め、29 条 2 項において「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」とし、公共の福祉に言及している。そこで、憲法 12 条及び 13 条が規定する「公共の福祉」という概念が基本的人権の制約根拠となりうるのかが問題となるのだが、昭和 20 年代の初期の最高裁判例及び通説は、公共の福祉を理由に、一般的に人権を制限することができるとしていた。表現の自由の制約に関する典型例として挙げられるのが、食糧緊急措置令違反事件判決である<sup>(2)</sup>。この事件は、「食糧管理法…ノ規定ニ基ク命令ニ依ル主要食糧ノ政府ニ対スル売渡ヲ為サザルコトヲ煽動」した者を処罰すると規定する食糧緊急措置令 11 条に関する判決である。最高裁判所は、「新憲法の保障する言論の自由は、旧憲法の下において、日本臣民が『法律ノ範囲内ニ於テ』有した言論の自由とは異なり、立法によって妄りに制限されないものであることは言うまでもない。しかしながら国民はまた、新憲法が国民に保障する基本的人権を濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負うのである。それ故、新憲法下における言論の自由といえども、国民の無制約な恣意のまゝに許される

---

(2) 最大判 1949（昭和 24）年 5 月 18 日刑集 3 卷 6 号 839 頁。

ものではなく、常に公共の福祉によつて調整されなければならぬのである」  
と述べた上で、「現今における貧困な食糧事情の下に国家が国民全体の主要食糧を確保するために制定」された食糧管理法による主要食糧の政府への売渡しをなさざることを煽動するがごときは、「政府の政策を批判し、その失政を攻撃するに止るものではなく、国民として負担する法律上の重要な義務の不履行を懲慥し、公共の福祉を害するもの」であつて、これに対する処罰は憲法 21 条に反するものではないと判断した。このように、最高裁判所は、表現の自由も他の基本的人権と同様に公共の福祉のための制限を受け、当該制限は公共の福祉のために設けられているということから、当該制限は憲法に反しないという、単純な三段論法を用いて判断を下していた<sup>(3)</sup>。

先の食糧緊急措置令違反事件判決においても説示されていたが、初期の最高裁判決における問題点とは、第一に、この三段論法的な「公共の福祉」論であり、表現の自由と他の基本的人権とを区別することなく、表現の自由も当然に公共の福祉による制約を受けるという立場を示していることである<sup>(4)</sup>。ここには、表現の自由の優越的地位という考えは全く現れていない。第二に、そもそも同判決においては、公共の福祉とは何かについて説明されておらず、そのような不確定概念を用いて基本的人権を制約することが許されるのか大いに疑問である。第三に、公共の福祉を理由にすべての基本的人権が制限できるとすれば、明治憲法下における法律の留保と何ら変わりなく、日本国憲法が「個人主義の立場から人権を保障した意義が失われることになる」<sup>(5)</sup>。そして、政策上の考慮から公共の福祉を理由に基本的人権を制約することが合憲であると判断されるおそれが大きく、この考え方は全体の利益が、私益である人権に常に優先するという考え方に結びつきやすく、個人の尊重を基本原則とする憲法の趣旨に背馳することになってしまう<sup>(6)</sup>。

(3) 戸松秀典『憲法訴訟』(有斐閣、2008 年) 276 頁以下参照。

(4) 市川・前掲注 (1) 282 頁以下参照。

(5) 伊藤正巳『憲法 [新版]』(弘文堂、1990 年) 217 頁以下参照。

## 第二章「公共の福祉」論から「利益衡量」論への転換について

### 一 「利益衡量」論という手法

その後、1960年代に入り、最高裁判所は公共の福祉論に代わるものとして利益衡量の手法を取り入れようとした。そもそもこの手法は、一般的に「対立する法的利益を天秤にかけて、どちらが重いか、すなわち、どちらが重要であるかを考察する方法」であり、憲法分野だけではなく他の分野においても用いられる手法である<sup>(7)</sup>。特に、憲法訴訟において裁判所が利益衡量の判断方法を用いる際、「天秤の一方に、法令によって制限を受けていると主張されている人権にかかわる利益を、他方に、その人権の制限が必要となったとされる社会的・国家的利益を置いて、どちらが重いかを考察する」ことになる<sup>(8)</sup>。

公務員の労働基本権の制限が問題となった全通東京中郵事件判決<sup>(9)</sup>におい

---

(6) 同書、218頁参照。

(7) 戸松・前掲注(3) 263頁参照。戸松教授は、憲法判断の方法として利益衡量論を、「(1) 単純な比較衡量法（個別の比較衡量法）、(2) 定義付け比較衡量法、(3) 厳格な比較衡量法」の三つに類型している。本稿においては、(2)の定義づけ衡量（definitional balancing）については検討対象ではないが、この手法は「考量の一方にある権利・自由についての意義付けをして、他方の利益との単純な考量を排斥する手法」であり、例えば、わいせつ表現といってもすべてのわいせつ表現の規制が許されるというわけではなく、あらかじめわいせつ表現とは何かを定義し、その定義に該当しない限りわいせつ表現にも憲法上の保護を与えていくというものである。なお、「利益衡量」、「比較衡量」、「利益考量」という用語は皆同じ意味で用いられる。

(8) 利益衡量に関する論文として、阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量——『シールド』としての権利と『切り札』としての権利——」橋法学9巻3号（2010年）703頁、また、アメリカ連邦最高裁判所において、利益衡量という手法がどのように用いられたのかについて、山口和秀「アメリカにおける表現の自由と利益衡量論」岡山大学法学会雑誌20巻3号（1971年）59頁がある。

(9) 最大判1966（昭和41）年10月26日刑集20巻8号901頁。昭和33年の春闘に際し、全通信労働組合の役員が、東京中央郵便局の職員に対して争議行為をそそのかしたとして起訴された事件である。

て、最高裁判所は、「労働基本権の制限は、労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量して、両者が適正な均衡を保つことを目途として決定すべきである」と、利益衡量の手法を用いて判示した。裁判所が、人権の制約の合憲性を判断する際、従来のような公共の福祉という不確定概念を用いるのではなく、人権が有する価値とこれを制約することによって得られる利益の価値とを比較する利益衡量論は、従来の公共の福祉論に代わるものとして注目された<sup>(10)</sup>。

その後、利益衡量の手法は精神的自由権の制約に関しても用いられるようになる。例えば、博多駅テレビフィルム提出命令事件決定<sup>(11)</sup>において、最高裁判所は、取材の自由を制約せざるをえないこともありうるとしつつ、「このような場合においても、一面において、審判の対象とされている犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあたっての必要性の有無を考慮するとともに、他面において取材したものを証拠として提出させられることによって報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合いその他諸般の事情を比較衡量して決せられるべきであり、これを刑事裁判の証拠として使用することがやむを得ないと認められる場合においても、それによって受ける報道機関の不利益が必要な限度をこえないように配慮されなければならない」と説示した上で、提出命令は憲法に反しないと判断した。右決定は、

(10) とはいえ、利益衡量においても問題があり、「表現の自由を私的利益となし、これと公益を対峙させて安易に論結する危うさを秘めている」と佐藤幸治教授は指摘している。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）262 頁参照。

(11) 最大判 1969（昭和 44）年 11 月 26 日刑集 23 卷 11 号 1490 頁。米原子力空母寄港反対闘争に参加した学生と機動隊員とが博多駅付近で衝突し、機動隊側に過剰警備があったとして付審判請求がなされた。福岡地方裁判所は、テレビ放送会社に、衝突の模様を撮影したフィルムの任意提出を依頼したが拒否されたため、刑訴法 99 条 2 項により、事件の「状況を撮影したフィルム全部」の提出を命じたが、放送会社は右命令が報道の自由を侵害するとして争った事例である。

従来の公共の福祉論ではなく利益衡量論を採用した点については学説上、高く評価されているものの、利益衡量の具体的適用においては少なからず批判がある<sup>(12)</sup>。

また、この頃の最高裁判所は、表現の自由を他の基本的人権とは区別し、例えば、「…表現の自由が、…その完全なる保障が民主政治の基本原則の一つであること<sup>(13)</sup>」、表現の自由を「民主主義の基礎をなすきわめて重要なもの<sup>(14)</sup>」と説示し、表現の自由が重要な権利であるという理解を一応は示し始め、同様の態度は1974年の猿払事件判決<sup>(15)</sup>においてもみられ、右事件については現在の表現の自由に関する事例を研究する上で、非常に重要な判決である。また、同判決は、同様の事例である公務員の政治的行為の規制が問題となった堀越事件判決の先例であり、堀越事件判決については本稿において考察対象であるため、以下、若干の検討を加えていく。

## 二 猿払事件最高裁判決の概要とその問題点

### (1) 事件の概要及び判決要旨

---

(12) 高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2007年）163頁参照。

(13) 最大判1960(昭和35)年7月20日刑集14巻9号1243頁（東京都公安条例事件判決）。

(14) 最大判1969(昭和44)年10月15日刑集23巻10号1239頁（「悪徳の栄え」事件判決）。

(15) 最大判1974(昭和49)年11月6日刑集28巻9号393頁。猿払事件判決については、これまで数多くの研究がなされている。代表的なものを挙げると、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）、香城敏磨「政治的行為の規制に関する最高裁猿払事件」『憲法解釈の法理』（信山社、2004年）39頁以下、高橋和之「審査基準論の理論的基礎（上）（下）」ジュリスト1363号64頁・1364号108頁（2008年）、佐々木弘道「猿払事件判決批判・覚書」成城法学77号（2008年）49頁、長岡徹「国公法・政治的行為の禁止事件上告審の基本論点」法の科学42号（2011年）142頁、駒村圭吾「憲法的論証の型」法学セミナー679号（2011年）62頁、穴戸常寿「『猿払基準』の再検討」法律時報83巻5号（2011年）20頁、野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』（有斐閣、2011年）第18章、阪口正二郎「猿払事件判決と憲法上の権利の『制約』類型〔最高裁昭和49.11.6判決〕」論ジュリスト1号（2012年）18頁等がある。

当該事件は、郵便局に勤務する郵政事務官が、衆議院議員選挙に際し日本社会党の公認候補者の選挙用ポスターを掲示、配布したことが、国交法 102 条 1 項および人事院規則 5 項 3 号、6 項 13 号が禁止する政治的行為に該当するとして起訴された事例である。一、二審判決は被告人の本件政治的行為に右罰則を適用することは憲法 21 条、31 条に違反するとして無罪としたが、本判決はこれを破棄し有罪とした。最高裁判所は、まず「憲法 21 条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、法律によつてもみだりに制限することができないものである」と述べ、表現の自由が重要な権利であることを示している。そして、「国公法 102 条 1 項及び規則による政治的行為の禁止は、もとより国民一般に対して向けられているものではなく、公務員のみに対して向けられているものである。ところで、国民の信託による国政が国民全体への奉仕を旨として行われなければならないことは当然の理であるが、『すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。』とする憲法 15 条 2 項の規定からもまた、公務が国民の一部に対する奉仕としてではなく、その全体に対する奉仕として運営されるべきものであることを理解することができる」のであり、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるといわなければならない」と説示した上で、「国公法 102 条 1 項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止が右の合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かを判断するにあつては、禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の三点から検討することが必要である」と述べている。この本件政治的行為の禁止の合憲性を判断する基準として打ち出された三基準が、いわゆる猿払基準と言われるものである。

最高裁判所は、右基準をもとに以下、本件におけるあてはめを行っており、



まず、禁止の目的については、公務員の政治的行為によって生ずる「弊害の発生を防止」する目的は、「まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にはかならないのであつて、その目的は正当なものというべきである」とし、また、「右のような弊害の発生を防止するため、公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性があるものと認められるのであつて、たとえその禁止が、公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていないとしても、右の合理的な関連性が失われるものではない」と判示した。さらに、利益の均衡については、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法 102 条 1 項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までをも制約するものではなく、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない」とし、公務員の政治活動の禁止は憲法 21 条に反しないと判断した。

## （2）猿払事件最高裁判決の問題点

猿払事件最高裁判決においては、憲法学界から批判がなされているが、右判決の問題点を挙げると、まず第一に、最高裁判所が提示した、公務員に対する政治的行為の禁止の合憲性を判断する基準である、「①禁止の目的、②この目的と禁止される政治的行為との関連性、③政治的行為を禁止することに



より得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の三点から検討することが必要である」という、猿払基準の性格である。猿払基準について、学説の支配的な見解はアメリカの司法審査基準、つまり「経済的自由の規制立法について、典型的に用いられる『合理性』の基準と、性質は必ずしも同じではないにしても、それと実質的には異ならないものだ」と理解していた<sup>(16)</sup>。そもそも、アメリカの司法審査基準とは、立法目的を審査する目的審査と、右立法目的とそれを達成するための手段との関連性を審査する手段審査の判断枠組みであり、審査においては厳格度の異なる 3 つの基準に分類される。厳格度の最も高い基準は厳格審査基準 (strict scrutiny test) であり、当該立法目的の正当性に関して、当該立法の目的が「やむにやまれぬ政府の利益」(a compelling state interest) を促進するものであること、さらに、右立法目的とそれを達成するための手段との間に「厳密な整合性」(narrowly tailored) があることを政府の側が立証しなければならないとされる。次に厳格度の高い基準は中間審査基準 (intermediate scrutiny test) である。この中間審査基準が適用されると、当該立法の目的が「重要な政府の目的」(important government objects) を促進するものであること、さらに、右立法目的とそれを達成するための手段との間に「実質的関連性」(substantially related) があることを政府の側が立証しなければならないとされる。そして、合理性の基準 (rational basis test) が適用されると、立法の目的が「正当な政府の利益」(a legitimate state interest) を促進するものであり、右立法目的とそれを達成するための手段との間に何らかの「合理的関連性」(reasonably related) があれば、当該立法は合憲とされる<sup>(17)</sup>。

ところで、猿払基準の③「政治的行為を禁止することにより得られる利益

---

(16) 例えば、芦部・同書 239 頁参照。芦部教授は、「公務員の政治活動の規制を表現の自由との関係において検討する立場をとるかぎり」単なる合理性の基準は妥当ではなく、LRA の基準（「より制限的でない他に選ぶ手段」の基準）によって判断するのが妥当であると主張する。芦部『現在人権論』（有斐閣、1974 年）267 頁以下参照。

と禁止することにより失われる利益の均衡」は利益衡量の手法であると理解でき、①及び②は外見上はアメリカ型の司法審査基準であるところの、目的審査と手段審査に対応しているかに見える<sup>(18)</sup>。しかし、③の前になぜ①と②が置かれているのか。アメリカの司法審査においては、目的審査及び手段審査のなかで利益衡量を行うため、猿払基準は③がある以上、アメリカの司法審査基準とは明らかに異なるといえるだろう。この点、高橋和之教授はむしろ、猿払基準①及び②は「③の審査を行う準備的審査であり、独自の基準としての意味をもたず、審査の核心は③にある」と指摘する<sup>(19)</sup>。そうであるならば、この③の利益衡量がいかなる性格を有する審査なのかを明らかにする必要があるが、そこで行われる利益衡量は、「禁止することにより失われる利益」、つまり本件においては表現の自由であるが、これに重きを置いたものではなく、結果的に③の利益衡量は個別的利益衡量（ad hoc balancing）<sup>(20)</sup>とほとんど変わらないといえるだろう<sup>(21)</sup>。

猿払事件最高裁判決の二つ目の問題点は、付随的規制論を採用した点であ

---

(17) アメリカの司法審査基準については、西村裕三編『判例で学ぶ日本国憲法 [第二版]』（有信堂、2016年）28頁、井上一洋「Affirmative Action をめぐる平等観の対立と嚴格審査基準の適用方法」広島法学 36 巻 2 号（2012 年）31-3 頁を参照。

(18) 以下、高橋・前掲注（15）64-76 頁参照。

(19) 高橋「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報 61 巻 12 号（2009 年）24 頁参照。

(20) 個別的衡量とは、保護される人権「の範囲を予め明確に定義づけることはやめ、個別の事例ごとにそこで問題となっているすべての利益を衡量にいれて結論を出すという考え方」であり、このアプローチの場合、「具体的妥当性は向上するが、予測可能性が小さくなる」という欠点がある。また、「個別的衡量の最大の欠陥は、異質な利益を比較衡量する基準が存在せず、すべてを裁判官の主観的・恣意的判断に委ねることになる点にある」。高橋「審査基準論－個別的衡量論と『絶対主義』理論のあいだ」ジュリスト 1089 号（1996 年）171 頁参照。

(21) 高橋・前掲注（15）71 頁参照。この点、高橋教授は、猿払基準の③の利益衡量のことを、基準なしの審査と呼び、基準に従った審査である審査基準論と対比している。

る。最高裁判所は、先ほど検討した、本質は個別的利益衡量以外のなにものでもない猿払基準をもとに、「意見表明そのものの制約をねらいとした規制」(直接規制)と「行動のもたらす弊害の防止をねらいとした規制」(付随的規制)を区別し、後者の規制の方が失われる利益が小さいと判示している<sup>(22)</sup>。表現の自由という「表現」には、純粹に言論 (pure speech) だけの場合だけでなく、言論 (speech) の要素と非言論 (non-speech) の要素が同じ行動の中で結合している表現行為、つまり行動を伴う表現 (speech plus) である場合もある。この点、公務員の政治的行為は行動を伴う表現であるといえ、猿払事件最高裁判決は公務員の政治的行為の禁止は「内包される意見表明そのものの」の制約を意図するのではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして、政治的活動全体を禁止しているという解釈を行っている。付随的規制は意図的に表現を規制するものではないが、行動のもたらす弊害の防止をねらいとしながらも、その実質は表現内容に基づく規制と同じ結果を生じさせ、その結果、表現の自由という重要な人権が制約される可能性もある。そうであるならば、付随的規制の方が失われる利益が小さいということはなく、しかも、表現の自由の規制のほとんどが付随的規制であることを考慮すれば、「表現規制のほとんどが合憲とされることとなり、そのような審査は利益衡量の名にさえ値しないであろう」<sup>(23)</sup>。

---

(22) 付随的規制に関するリーディング・ケースとされる *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968) において示された O'Brien テストが、猿払基準の構築に大きく参照されている。芦部・掲掲注 (15) 266-71 頁参照。同判決は、ベトナム戦争に反対する意思を明らかにするため、自身の徴兵カードを焼却した行為が問題となった事件であり、この O'Brien テストとは、象徴的表現に対する政府の規制が、(a) 政府の憲法上の権限内にあり、(b) 重要なまたは実質的な政府利益を促進し、(c) 政府の利益が自由な表現の抑圧と無関係であり、(d) 主張されるところの合衆国憲法修正 1 条の諸自由に対する付随的制限が政府利益の促進にとって不可欠な限度を超えていなければ正当化される、というものである。

### 三 猿払事件最高裁判決後の「利益衡量」論の展開について

猿払事件最高裁判決においては、猿払基準によって利益衡量が行われていたが、その本質は表現の自由に重きを置いていない、個別的利益衡量であったことは前節で確認した。同判決後、最高裁判所は、猿払基準を公務員の政治的表現の規制が問題となった事例だけでなく、精神的自由の規制に関する事例一般にも適用し始めた。例えば、戸別訪問の禁止に関する事例<sup>(24)</sup>、第一次家永教科書訴訟<sup>(25)</sup>、「君が代」ピアノ伴奏拒否事件判決<sup>(26)</sup>、広島市暴走族追放条例判決<sup>(27)</sup>等が挙げられる。このように猿払基準の適用範囲が拡大しているが、右基準の射程は公務員の政治的表現の規制の審査に限定すべきであり、表現の自由一般の基準として用いることは問題ではないだろうか<sup>(28)</sup>。つまり、表現の自由の規制に関する事例に猿払基準を適用するのが常態化すると、表現の自由の価値を重視しない利益衡量がそこではなされ、結果として表現の自由の規制は常に合憲と判断されてしまうことになる。これでは、初期の最高裁判例が用いていた公共の福祉論と全く変わりがないといえるだろう。

一方、猿払基準とは違う形で利益衡量を採用した事例として、よど号ハイジャック新聞記事抹消事件判決<sup>(29)</sup>、成田新法訴訟判決<sup>(30)</sup>が挙げられる。前者は、

---

(23) 高橋・前掲注(20) 171-72 頁参照。直接規制と付随的規制の区別と利益衡量の関係については、猿払事件が上告された当時、最高裁判所調査官であり、この事件を担当した香城敏磨氏が解説している。香城敏磨「最高裁判所判例解説」法曹時報 27 卷 11 号（1975 年）103 頁以下参照。香城理論は本判決及び猿払基準を正当化しているため、利益衡量の際、「失われる利益」の大きさが直接規制の方が付随的規制よりも大きいということを前提に、理論を展開している。香城理論がどのように猿払基準を正当化しているのかを分析しているものとして、高橋・前掲注(15) 108 頁以下参照。

(24) 最判 1981（昭和 56）年 6 月 15 日刑集 35 卷 4 号 205 頁。

(25) 最判 1993（平成 5）年 3 月 16 日民集 47 卷 5 号 3483 頁。

(26) 最判 2007（平成 19）年 2 月 27 日民集 61 卷 1 号 291 頁。

(27) 最判 2007（平成 19）年 9 月 18 日刑集 61 卷 6 号 601 頁。

(28) 高橋・前掲注(19) 24 頁参照。

(29) 最大判 1981（昭和 56）年 6 月 22 日民集 37 卷 5 号 793 頁。

昭和 44 年の国際反戦デー闘争等において公務執行妨害等の罪名で起訴された勾留中の被疑者が、新聞を定期購読していたところ、昭和 45 年 3 月、赤軍派学生による「よど号」ハイジャック事件が発生したため、拘置所長が全面的に抹消したことが知る権利を侵害したとして争った事件である。最高裁判所は、身体的自由及びその他の行為「の自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、右の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を衡量して決せられるべきものである」と利益衡量論を採用しており、成田新法訴訟判決においても、先のよど号ハイジャック新聞記事抹消事件判決が引用されている。ただ、これらの判決においては、「表現の自由といえども無制限に保障されるというわけではなく、公共の福祉による制約を受けることがある」ということが前提としてあり、その上で、憲法上許容されるような制限であるかどうかを利益衡量によって判断するというものであった。よって、公共の福祉論を基礎にしつつ、利益衡量論を展開するという形をとっているといえる<sup>(31)</sup>。いずれにせよ、最高裁判所が用いる利益衡量は、表現の自由の価値を重視したものではなく、公共の福祉論を完全には克服できていないといえるだろう。

そのような中で、注目すべき事例として泉佐野市市民会館使用不許可事件判決<sup>(32)</sup>がある。同判決で、最高裁判所は「…利用を不相当とする自由が認められないにもかかわらずその利用を拒否し得るのは、利用の希望が競合する場合のほかは、施設をその集会のために利用させることによって、他の基本的人権が侵害され、公共の福祉が損なわれる危険がある場合に限られるものというべきであり、このような場合には、その危険を回避し、防止するために、

---

(30) 最大判 1992 (平成 4) 年 7 月 1 日民集 46 巻 5 号 437 頁。

(31) 第一家永教科書訴訟判決 (最判 1993 (平成 5) 年 3 月 16 日民集 47 巻 5 号 3483 頁) においても、同様の判断がなされている。

(32) 最三小判 1995 (平成 7) 年 3 月 7 日民集 49 巻 3 号 687 頁。

その施設における集会の開催が必要かつ合理的な範囲で制限を受けることがあるといわなければならない。そして、右の制限が必要かつ合理的なものとして肯認されるかどうかは、基本的には、基本的人権としての集会の自由の重要性と、当該集会が開かれることによって侵害されることのある他の基本的人権の内容や侵害の発生の危険性の程度等を較量して決せられるべきものである」と述べ、「そして、このような較量をするに当たっては、集会の自由の制約は、基本的人権のうち精神的自由を制約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下にされなければならない」と「二重の基準」論に基づいて判断すべきであることを説示している。その上で、「その危険性の程度としては、…単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である」と、「明白かつ現在の危険」のテストを用いて、公共施設の使用許可処分 of 合憲性を判断している。

このような表現の自由の重要性を明確に説示した最高裁判例はこれまでになく、従来の単なる利益衡量とは明らかに異なっているといえる。「二重の基準」論については、精神的自由に関する事例において、これまで述べられたことはなく、その意味においても表現の自由の優越的地位を考慮した判断を行うという、最高裁判所の姿勢が確認できるのではないだろうか。

### 第三章 近年の最高裁判例の動向と法的諸問題について

猿払事件最高裁判決以来、国家公務員法（以下、「国公法」と略する）102条1項違反での摘発事件はなかったが、2005年に2件摘発された。堀越事件と世田谷事件である<sup>(33)</sup>。以下、近年の最高裁判例として堀越事件をもとに、最高裁判所が表現の自由に対して、どのような基準で、どのような態度を示しているのか、検討を加えていきたいと思う。

堀越事件の概要は、社会保険庁東京社会保険事務局目黒社会保険事務所に勤務する厚生労働事務官であった被告人が、衆議院総選挙に際し、日本共産

党を支持する目的をもって、同党の機関紙および同党を支持する政治目的を有する文書を住居等に配布したため、その行為が、国家公務員法 110 条 1 項 19 号、102 条 1 項、人事院規則 14 - 7 第 6 項 7 号、13 号（以下、本件罰則規定とする）に該当するとして起訴されたものである。

続いて、最高裁判所の判旨は以下の通りである。まず、国公法 102 条 1 項について、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することを目的とするものと解され」るが、他方で、「国民は、憲法上、表現の自由（21 条 1 項）としての政治活動の自由を保障されており、この精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることに鑑みると、上記の目的に基づく法令による公務員に

- 
- (33) いずれの事件も一審判決（東京地判 2006（平成 18）年 6 月 29 日判例集未搭載、東京地判 2008（平成 20）年 9 月 19 日判例集未搭載）は有罪であったが、堀越事件控訴審判決（東京高判 2010（平成 22）年 3 月 29 日判タ 1340 号 105 頁）は無罪、世田谷事件控訴審判決（東京高判 2010（平成 22）年 5 月 13 日判タ 1351 号 123 頁）は有罪と結論を異にしていた。両判決に関する評釈として、蟻川恒正「国公法 2 事件最高裁判決を読む」法学セミナー 697 号（2013 年）26 頁、木下智史「国公法 102 条の『政治的活動』の禁止について無罪とされた事例」TKC ローライブラリー（2013 年）1 頁、青柳幸一「猿払基準の現在の判決への影響」法学教室 388 号（2013 年）4 頁、中林暁生「憲法判例としての国公法二事件上告審判決」法律時報 85 巻 5 号（2013 年）62 頁、市川正人「国公法二事件上告審判決と合憲性判断の手法」法律時報 85 巻 5 号（2013 年）67 頁、木村草太「公務員の政治的行為の規制について - 大阪市条例と平成 24 年最高裁二判決」法律時報 85 巻 2 号（2013 年）74 頁、駒村圭吾「さらば。香城解説!? - 国公法違反被告事件最高裁判決と憲法訴訟のこれから」法学セミナー 698 号（2013 年）46 頁、宍戸常寿「国家公務員の政治行為に対する刑事罰」ジュリスト 1466 号（2014 年）24 頁、長岡徹「公務の中立性と公務員の中立性の間 - 最高裁国公法二事件判決の意義」関西学院大学紀要『法と政治』64 巻 4 号（2014 年）277 頁、中曾久雄「国公法 102 条 1 項の合憲性 - 堀越事件判決（最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 巻 12 号 1337 頁）を読む」愛媛法学会雑誌 43 巻（1・2 号）（2016 年）153 頁、同「猿払基準の行方」愛媛法学会雑誌 43 巻（3・4 号）（2016 年）49 頁などがある。



対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべきものである」とする。そして、「このような本法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え、同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮すると、同項にいう『政治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の種類の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当である。そして、その委任に基づいて定められた本規則も、このような同項の委任の範囲内において、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる行為の類型を規定したものと解すべきである」とし、本件罰則規定の合憲性を論じる前に、規制の対象を公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものに限定している。

続いて、本件罰則規定の合憲性については、「本件罰則規定による政治的行為に対する規制が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかによることになるが、これは、本件罰則規定の目的のために規制が必要とされる程度と、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである」とし、猿払基準ではなく、よど号ハイジャック新聞記事抹消事件判決等において用いられた利益衡量論に依拠するとした。

そして、本件罰則規定の目的は、「合理的であり正当なものといえる」が、「本件罰則規定により禁止されるのは、…公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為に限られ、このような公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが認められない政治的行為や本規則が規定する行為類型以外の政治的行為が禁止されるものではないから、その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきであ」り、本件罰則規定は憲法 21 条

1 項等に違反するものではないと判示した。

以下、本件罰則規定の合憲性判断の手法の点に限定して検討を加えていくが、判旨のところでも述べたが、本判決は利益衡量論によって本件罰則規定の憲法適合性を判断しており、猿払基準によって判断をしていない。また、公務員の政治的行為は一律に禁じられるとしてきたこれまでの立場を修正し、国公法 102 条 1 項における政治的行為の禁止規定に限定解釈を施し、規制の対象を公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものに限定している。これについては実質的な判例変更がなされたという立場<sup>(34)</sup>と、猿払事件最高裁判決の問題性は実質的に何も変わっていないと見る立場<sup>(35)</sup>に分かれている。

では、本判決が猿払基準を用いず利益衡量論によって本件罰則規定の合憲性を判断したことにはいかなる意味があるのだろうか。猿払基準については本稿第二章のところで検討したが、同基準は公務員に対する政治的行為の禁止の合憲性を判断する基準であり、「①禁止の目的、②この目的と禁止される政治的行為との関連性、③政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡」の三点から検討するというものである。このうち、③が利益衡量の部分であるが、そこで行われる利益衡量は表現の自由に重きを置いたものではなく、結果的に③の利益衡量は個別的利益衡量とほとんど変わらないといえる。それゆえに、本判決においては猿払基準を用いることを避けたのではないだろうか。とはいえ、猿払基準の代わりに用いた手法も、よど号ハイジャック新聞記事抹消事件判決や成田新法事件判決で採用された利益衡量論であり、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制の態様及び程度等を考慮して規制の合憲性を判断する点については、初期の最高裁判例が用いていた三段論法的な公共の福祉論や、単なる

(34) 青柳・同書 4 頁、12 頁参照、市川・同書 67-8 頁参照。

(35) 木村・前掲注 (33) 74 頁、81 頁参照。

利益衡量である猿払基準よりは、実質的な検討をしているといえるが、精神的自由権の領域において利益衡量を用いるのならば、最高裁判所は表現の自由が有する価値を意識しなければならない。ゆえに、利益衡量の際に、表現の自由の価値の重要性を組み込んだ衡量が必要となる<sup>(36)</sup>。

本判決においては、国公法 102 条 1 項における政治的行為の禁止規定に限定解釈を施している点に、表現の自由への配慮が読み取れるものの、「問題はこの限定解釈の内容の空疎さにある」<sup>(37)</sup>。最高裁判所は、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるかどうかは、当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である」とし、さらに細かな考慮事由を挙げているが、「このような総合的な考察により、法令上禁止される『政治的行為』にあたるか否かが判断されるというのは、かなりあいまいな判断枠組みを設定するものである<sup>(38)</sup>」。実際、世田谷事件の被告人は、本件堀越事件の被告人と同様、休日に公務員であることを明らかにせず、政党ビラを配布したにもかかわらず、厚生労働省の筆頭課長補佐という地位を理由に、本件罰則規定が禁止する政治的行為を行ったものと認定されていることから、この判断枠組みの下では判断が困難であることが伺える<sup>(39)</sup>。それゆえ、このような限定解釈を前提とした利益衡量では、表現の自由の価値の重要性を組み込んだ衡量を行うことができないであろう。

---

(36) 市川・前掲注 (33) 70 頁参照。この点、市川教授は、「国公法二事件上告審判決は一小法廷の判決にすぎないのであるから、最高裁が猿払基準を廃棄したと断定することはできないが、最高裁が表現の自由領域において一般的に利益衡量論を用いることを明確にしたことは確かである」が、「表現の自由の制限の合憲性を利益衡量論で判断するならば、表現の自由に対する十分な裁判的な保障を確保することは困難である」と主張している。

(37) 市川・前掲注 (33) 71 頁参照。

(38) 同書、同頁参照。

(39) 同書、同頁参照。

また、本判決においては千葉勝美裁判官が補足意見を付しているが、その中で同裁判官は調査官当時執筆した成田新法事件判決の調査官解説を引用し、「近年の最高裁大法廷の判例においては、基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、多くの場合…『利益衡量』の判断手法を採ってきており、その際の判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準（明白かつ現在の危険の原則、不明確ゆえに無効の原則、必要最小限度の原則、LRA の原則、目的・手段における必要かつ合理性の原則など）ないしはその精神を併せ考慮したものがみられる」と主張している。そして、「これらの厳格な基準のどれを採用するかについては、…具体的な事案に応じて、その処理に必要なものを適宜選択するという態度を採っており、さらに、…厳格な基準の内容についても、事案に応じて、その内容を変容させあるいはその精神を反映させる限度にとどめるなどして」いる、という。このような千葉裁判官の理論に対しては、「厳格な基準を用いるかどうかの判断基準、厳格な基準のどれ（どの部分）をどのように用いるかの判断基準が明らかにされなければ、合憲性についての判断を説明するのに都合がよい形で違憲審査基準論が利用されるだけに終わり、表現の自由に対する裁判的保障を確立することはできないだろう」という批判がある<sup>(40)</sup>。

## おわりに

初期の最高裁判決から近年のものまで、表現の自由に関する事例に対して、最高裁判所がどのような審査基準あるいは手法を用いて合憲性を判断してきたのかについて検討した。最高裁判所は、公共の福祉論から利益衡量論に判断手法が転換してから現在において、表現の自由に関する事例には利益衡量という手法を用いて判断を下しているが、そもそも、利益衡量論は「個々の事件の具体的状況を踏まえて対立する諸利益を衡量しながら公共の福祉の内

---

(40) 市川・前掲注 (33) 72 頁参照。

容を明らかにする手法」であるが、これを審査基準として用いる場合、「①一般に必ずしも比較の基準が明確でなく、何を比較の対象として拾い上げるか裁判所の裁量に委ねられてしまうこと、②人権は国家権力との間で争われる場合が多いので、人権制約の合憲性を常に利益衡量という方法で判断すると、秤の重みが権力の側に傾く可能性が大きいこと」などが問題といえる<sup>(41)</sup>。

現在、最高裁判所が用いる利益衡量は、単なる利益衡量（個別的利益衡量）ではないものの、いまだ十分に表現の自由の優越的地位を考慮した利益衡量を行っているとは言えないだろう。本稿においては、利益衡量という手法を審査基準としてとらえることの可能性を探ってみたのだが、現段階においては利益衡量を審査基準としてとらえることは困難なようである。また、堀越事件最高裁判決における千葉裁判官の補足意見で述べられた、「利益衡量（個別的衡量ではない）と『明白かつ現在の危険』のテストに代表される厳格な基準」という判断枠組みについては、支持する見方もあるが、今後、最高裁判所がこの千葉裁判官が提唱する判断枠組みを用いて、どのような判断を下すかは、判例の蓄積を待つほかないであろう。

---

(41) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1999年）208-12頁参照。それゆえに、芦部教授は、「この手法は、国家権力が第三者的な仲裁者としての立場で、対立するほぼ同じ程度に重要な権利の調節をおこなうような場合に原則として限定して用いるのが妥当」だとし、その典型例として①表現の自由とプライバシー権とが衝突する場合、②報道の自由（取材の自由）と公正な裁判の実現とが衝突する場合を挙げている。